CCE-DES-FM-17

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** **– Operadores autorizados – Modelo económico**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas. […]

[…]

En desarrollo de esta habilitación superior, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley.

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado – Excepciones**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen, en su actividad contractual, por el derecho privado, salvo en los casos en los que la Ley 142 de 1994 establezca que deben aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**GARANTÍAS – Contratación estatal – Régimen**

Las garantías no tienen un régimen unitario en la contratación estatal. Conviene distinguir, por un lado, la normativa aplicable a las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el régimen de las entidades exceptuadas del mismo, de otra parte. Con fundamento en esta idea, se puede postular la siguiente regla: las disposiciones normativas contenidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el Decreto 1082 de 2015, relativas a las garantías, no son aplicables a las entidades estatales exceptuadas o que se rigen por el derecho privado, cuando actúan como contratantes. Cosa distinta es que obren como contratistas de entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues en este evento también deben respetar las reglas sobre garantías dispuestas en este régimen especial. En cambio, si la entidad estatal con régimen de derecho privado fungirá como contratante, deberá observar la regulación de las garantías consagrada en la normativa civil y comercial, así como en su reglamento o manual de contratación.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Garantías – Régimen**

Las entidades estatales que gozan de un régimen legal especial –de derecho privado– en su actividad contractual, se rigen, en materia de garantías, por las normas civiles y comerciales cuando actúen como contratantes. En tal sentido, gozan de autonomía de la voluntad para establecer los mecanismos de cobertura de los riesgos contractuales, respetando el principio de planeación y las normas de orden públicos que regulan dichos instrumentos. Algunas de estas se encuentran previstas en los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio, relativos al contrato de seguro.

Pero esto no significa que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –entre ellas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios– solo puedan cubrir sus riesgos contractuales a través de pólizas de seguro. Como se admite en el derecho privado, también pueden emplear otros mecanismos financieros o fiduciarios, siempre que resulten eficaces, según el análisis de oportunidad y conveniencia que hayan efectuado, y que su reglamento interno de contratación lo permita.

Bogotá D.C., **31/08/2021 21:22:57**



Señora

**Clara Inés Cifuentes Baquero**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 458 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Operadores autorizados – Modelo económico / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual – Derecho privado – Excepciones / GARANTÍAS – Contratación estatal – Régimen / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Garantías – Régimen.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210830007810 |

Estimada señora Cifuentes:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 30 de agosto del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta:

«1. Las sociedades constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios – ESP están sujetas al régimen de contratación estatal o también llamado estatuto general de contratación? (sic)

»2. Las empresas de servicios públicos domiciliarios hacen parte del sector administrativo de planeación nacional? (sic)

»3. El Decreto 1082 de 2015 es aplicable a las sociedades constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios? (sic)

»4. El artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015 es aplicable a las sociedades constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios? (sic).

»5. Si las empresas de servicios públicos domiciliarios que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, pueden establecer libremente las garantías de sus oferentes y contratistas, por estar sujetas a un régimen privado de contratación entre las cuales se encuentra la fianza mercantil? (sic)»

1. **Consideraciones**

La Subdirección de Gestión Contractual responderá la consulta, previo análisis de los siguientes temas: i) quiénes pueden ser operadores de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, ii) régimen contractual aplicable a dichos operadores, en vigencia de la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001 y iii) normativa que rige las garantías contractuales de los operadores de servicios públicos domiciliarios, como entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el régimen contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en los conceptos C-027 del 23 de enero de 2020, C-718 del 17 de diciembre de 2020 y C-077 del 16 de marzo de 2021. Algunas de las ideas expuestas en tales oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con nuevas consideraciones relativas al tema objeto de consulta.

**2.1. Operadores autorizados para prestar servicios públicos domiciliarios. Naturaleza jurídica y habilitación normativa**

La Constitución Política de 1991 incorporó un modelo de liberalización para prestar servicios públicos domiciliarios, con arreglo al cual estos pueden ofrecerse en el mercado, en un esquema de libre competencia, directamente por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas[[1]](#footnote-2). En tal sentido, el artículo 365 de la Constitución establece lo siguiente:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

En desarrollo de esta habilitación superior, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 enuncia las personas autorizadas para prestar los servicios públicos domiciliarios: i) las empresas de servicios públicos, ii) los productores marginales, iii) los municipios, en ciertos casos, iv) las organizaciones autorizadas y v) las entidades descentralizadas que se encontraran prestándolos y cumplan los requisitos establecidos en la ley[[2]](#footnote-3).

De conformidad con los artículos 14.5, 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994, una empresa de servicios públicos domiciliarios puede ser: i) oficial –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»–, ii) mixta –«[…] aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%»– y iii) privada –«[…] aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares»–.

**2.2. Régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios: por regla general, un régimen de derecho privado, matizado por principios y reglas del derecho administrativo**

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen, en su actividad contractual, por el derecho privado, salvo en los casos en los que la Ley 142 de 1994 establezca que deben aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[3]](#footnote-4). Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, de manera exclusiva, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares[[4]](#footnote-5).

En consecuencia, el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[5]](#footnote-6).

Esta también ha sido la interpretación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que en Concepto No. 715 de 2014, reiterando lo expuesto en el Concepto Unificado SSPD-OAJ-020-2010, expresó que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, solo se aplican a los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando así lo ordene expresamente la Ley 142 de 1994[[6]](#footnote-7).

En otras palabras, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se sujetan, en su actividad contractual, a las disposiciones del derecho privado, salvo en aquellos casos en los que la Constitución, la Ley 142 de 1994 u otras leyes especiales, someten tal conducta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993, a la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Lo anterior no significa que en los casos en los que rige el derecho privado en la actividad contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se trate de un «derecho privado puro», pues este se encuentra irrigado e imbuido por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución, toda vez que así lo prevé el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-8).

**2.3. Garantías en la contratación estatal. Normativa aplicable a las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios**

Las garantías no tienen un régimen unitario en la contratación estatal. Conviene distinguir, por un lado, la normativa aplicable a las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y el régimen de las entidades exceptuadas del mismo, de otra parte. Con fundamento en esta idea, se puede postular la siguiente regla: las disposiciones normativas contenidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el Decreto 1082 de 2015, relativas a las garantías, no son aplicables a las entidades estatales exceptuadas o que se rigen por el derecho privado, cuando actúan como contratantes. Cosa distinta es que obren como contratistas de entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues en este evento también deben respetar las reglas sobre garantías dispuestas en este régimen especial. En cambio, si la entidad estatal con régimen de derecho privado fuere contratante, deberá observar la regulación de las garantías consagrada en la normativa civil y comercial, así como en su reglamento o manual de contratación.

En lo que respecta al primer régimen enunciado, en principio, los contratos estatales celebrados por las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública deben contar con una garantía. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituirla para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento. Esta norma dispone lo siguiente:

Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Las condiciones en las que debe cumplirse esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual se refiere, en los artículos 2.2.1.2.3.1.1. al 2.2.1.2.3.1.19, a las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de las mismas, los riesgos que deben ser objeto de cobertura, la vigencia y valores mínimos, entre otros aspectos que debe cumplir las garantías constituidas, ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.

El artículo 2.2.1.2.3.1.3, por ejemplo, establece que la «garantía de cobertura del Riesgo es indivisible», además de la obligación de los contratantes de establecer en los pliegos de condiciones las garantías exigidas para cada período contractual. Igualmente, el artículo 2.2.1.3.1.7 prescribe que la garantía de cumplimiento debe cubrir: i) el buen manejo y correcta inversión del anticipo, ii) la devolución del pago anticipado, iii) el cumplimiento del contrato, iv) el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, v) la estabilidad y calidad de la obra, vi) la calidad del servicio, vii) la calidad y correcto funcionamiento de los bienes y viii) los demás incumplimientos de las obligaciones que la entidad estatal considere que deban ser amparados.

Así mismo, las entidades estatales que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuentan con la prerrogativa, reconocida en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, de declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo. Es esto lo que dispone el inciso cuarto de dicho artículo, al establecer que «El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare». Así lo ratifica el artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, que dice lo siguiente sobre la efectividad de las garantías:

La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumpli­miento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

De este modo, el procedimiento para declarar el siniestro, regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es distinto del trámite ordinario previsto en los artículos 1075 y siguientes del Código de Comercio, que es el aplicable a las pólizas de seguro entre particulares. Esta distinción ha sido explicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

La principal diferencia que se advierte entre los contratos de seguro regidos íntegramente por las normas del Código de Comercio y aquellos que fungen como garantías de un contrato estatal, radica en la competencia legal que tiene la entidad contratante para declarar la ocurrencia del siniestro mediante un acto administrativo debidamente motivado, que, como tal, está investido de la presunción de legalidad, y es ejecutivo y ejecutorio.

Al contrario, los particulares asegurados y/o beneficiarios, una vez se produce el siniestro, deben formular una reclamación ante la aseguradora, que puede ser objetada de manera seria y fundada por esta última, caso en el cual la respectiva póliza carecerá de carácter ejecutivo y deberá el interesado proceder a demandar, para probar ante el juez la existencia del siniestro y la extensión de los perjuicios reclamados[[8]](#footnote-9).

Así, las entidades estatales indicadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 cuentan con el beneficio de la decisión previa, que es expresión de la auto-tutela declarativa, para verificar la ocurrencia del siniestro –es decir, para constatar la materialización del riesgo asegurado– y para expedir el acto administrativo que establezca: i) que el siniestro efectivamente ocurrió y ii) que, por ende, el garante debe reconocerle a la entidad estatal el valor amparado en el instrumento de cobertura del riesgo. En tal sentido, la notificación del acto administrativo que declara el siniestro contiene la orden proferida por la entidad estatal, dirigida al garante, para que este reconozca el valor amparado y afectado por dicha declaratoria. No es una reclamación que queda sujeta a la discrecionalidad del garante, sino una obligación que este debe cumplir una vez el acto administrativo quede en firme, en los términos del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora bien, lo anterior no significa que el garante carezca de la oportunidad de ejercer su derecho de defensa ante la entidad estatal, pues tanto el artículo 29 de la Constitución, como el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, establece que en todo tipo de actuación administrativa debe salvaguardarse el debido proceso. Solo que la forma de oponerse a la declaratoria del siniestro varía según el tipo de procedimiento y de supuesto fáctico o jurídico constitutivo de la causa del siniestro.

Si el siniestro se basa en la declaratoria del incumplimiento o en la efectividad de una medida sancionatoria –multa, cláusula penal pecuniaria o caducidad–, la entidad estatal debe adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y remitir la citación al garante –compañía aseguradora, bancaria o fiduciaria–, para que pueda hacer parte del trámite. Si, como resultado del desarrollo de este procedimiento, la entidad estatal declara el incumplimiento e impone la caducidad, la multa o la cláusula penal pecuniaria, este acto administrativo que decreta la sanción constituye, al mismo tiempo, el acto que declara el siniestro. Por consiguiente, se le debe notificar al garante y «hace las veces» del aviso de ocurrencia del siniestro previsto en el artículo 1075 del Código de Comercio, sin ser igual, porque, a diferencia de la reclamación que realiza un particular a una compañía aseguradora para que le reconozca el valor asegurado en una póliza, la entidad estatal le comunica una orden de pago que está revestida de presunción de legalidad y de ejecutoriedad. El garante podría interponer el recurso de reposición al que se refiere el artículo 86, literal c) de la Ley 1474 de 2011, pero, si se confirma la decisión o si no la impugna, el acto administrativo adquiere firmeza y se torna obligatorio.

Sin embargo, como se indicó, las entidades estatales que gozan de un régimen legal especial –de derecho privado– en su actividad contractual, se rigen, en materia de garantías, por las normas civiles y comerciales cuando actúen como contratantes[[9]](#footnote-10). En tal sentido, gozan de autonomía de la voluntad para establecer los mecanismos de cobertura de los riesgos contractuales, respetando el principio de planeación y las normas de orden públicos que regulan dichos instrumentos. Algunas de estas se encuentran previstas en los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio, relativos al contrato de seguro. La aplicación del régimen de derecho privado a las garantías de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios ha sido reconocida por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Según lo anotado, se advierte que fue clara la intención del legislador plasmada

en la Ley 142 de 1994, de someter las actuaciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios al derecho privado, en este caso, el derecho comercial. En este orden de ideas, una entidad estatal cuyos actos y contratos se encuentran sometidos al derecho privado debe realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos y de manera particular, acudir a la regulación contenida en el Código de Comercio del derecho de los seguros, particularmente, el artículo 1077 ibídem que señala que le corresponde al asegurado «(…) demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso»[[10]](#footnote-11).

Pero esto no significa que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –entre ellas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios– solo puedan cubrir sus riesgos contractuales a través de pólizas de seguro. Como se admite en el derecho privado, también pueden emplear otros mecanismos financieros o fiduciarios, siempre que resulten eficaces, según el análisis de oportunidad y conveniencia que hayan efectuado, y que su reglamento interno de contratación lo permita.

El argumento de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que actúen como contratantes deben aplicar las reglas sobre garantías previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en el Decreto 1082 de 2015 no es admisible, por dos razones: i) porque desnaturaliza la remisión al derecho privado, establecida en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, para los actos y contratos celebrados por tales operadores y ii) porque va en contra de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que indica que las entidades que deben cumplir, en su actividad contractual, las normas civiles y comerciales, únicamente se encuentran obligadas a respetar del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, al igual que los principios constitucionales de la función administrativa y de la gestión fiscal. Obsérvese que el referido artículo 13 no dice que las entidades exceptuadas deben aplicar las reglas que regulan las garantías, previstas en dicho Estatuto. Además, en la Ley 142 de 1994 –que regula la actividad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios– no hay una norma que establezca que en materia de garantías dichas entidades se deban regir por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

De lo anterior se colige que las garantías –tipos de amparo, mecanismos de cobertura del riesgo, condiciones de cobertura, entre otros aspectos–, no fue una materia que el legislador quiso mantener para las entidades exceptuadas como reserva de derecho administrativo, sino que la mantuvo como un aspecto regulado por las normas civiles y comerciales. En otras palabras, ese tema quedó incluido en la remisión al derecho privado; lo que produce un margen mayor de libertad a las entidades excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para estimar los mecanismos de mitigación de los riesgos contractuales.

**3. Respuesta**

«1. Las sociedades constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios – ESP están sujetas al régimen de contratación estatal o también llamado estatuto general de contratación? (sic)

»2. Las empresas de servicios públicos domiciliarios hacen parte del sector administrativo de planeación nacional? (sic)

»3. El Decreto 1082 de 2015 es aplicable a las sociedades constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios? (sic)

»4. El artículo 2.2.1.2.3.1.2. del Decreto 1082 de 2015 es aplicable a las sociedades constituidas como empresas de servicios públicos domiciliarios? (sic).

»5. Si las empresas de servicios públicos domiciliarios que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, pueden establecer libremente las garantías de sus oferentes y contratistas, por estar sujetas a un régimen privado de contratación entre las cuales se encuentra la fianza mercantil? (sic)»

El artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015 –por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de ​​planeación nacional– define las entidades estatales, para efectos de aplicar la reglamentación allí dispuesta, como «Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993​ y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan». Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no están allí expresamente señaladas.

Además, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen, en su actividad contractual, por el derecho privado, salvo en los casos en los que la Ley 142 de 1994 establezca que deben aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por su parte, el artículo 32 de la Ley 142 consagra el régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos domiciliarios, indicando que, de manera exclusiva, sus actos se rigen por los principios y reglas aplicables a los particulares. En consecuencia, el régimen jurídico que, por regla general, debe aplicarse a la contratación que efectúan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es el derecho privado –incluido el tema de las garantías–, y solo excepcionalmente el contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Las entidades estatales que gozan de un régimen legal especial –de derecho privado– en su actividad contractual, se rigen, en materia de garantías, por las normas civiles y comerciales cuando actúen como contratantes. En tal sentido, gozan de autonomía de la voluntad para establecer los mecanismos de cobertura de los riesgos contractuales, respetando el principio de planeación y las normas de orden público que regulan dichos instrumentos. Algunas de estas se encuentran previstas en los artículos 1036 y siguientes del Código de Comercio, relativos al contrato de seguro.

Pero esto no significa que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –entre ellas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios– solo puedan cubrir sus riesgos contractuales a través de pólizas de seguro. Como se admite en el derecho privado, también pueden emplear otros mecanismos financieros o fiduciarios, siempre que resulten eficaces, según el análisis de oportunidad y conveniencia que hayan efectuado, y que su reglamento interno de contratación lo permita.

Este concepto tiene el alcance pr

evisto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado Navarro Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Así lo ha reconocido la doctrina en la materia, al afirmar: «El modelo que se adoptó en la Constitución de 1991 para los servicios públicos se caracteriza por la liberalización de su prestación, por un fuerte poder del Estado para intervenir en ellos y por la adopción de instituciones para lidiar con los principales problemas que respecto de las tarifas enfrentaron históricamente estos servicios: la interferencia política en su fijación y el abuso por parte de los prestadores de su posición cuando no tienen suficiente competencia en sus mercados.

»Como base del modelo de liberalización, la Constitución removió las barreras jurídicas de entrada a la prestación de los servicios públicos y estableció como regla general que ellos “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares” […].

»Al establecer esta libertad de entrada, la Constitución abrió la puerta para romper con el modelo de prestación basado exclusivamente en los monopolios estatales que estuvo vigente por más de medio siglo. Y aunque bajo la Constitución de 1991 es posible aún la creación de monopolios de derecho para los servicios públicos, para ello deben cumplirse procedimientos muy exigentes desde el punto de vista político y jurídico: debe hacerse mediante una ley de iniciativa gubernamental aprobada por ambas cámaras del Congreso y, en todo caso, puede ocurrir solo mediando indemnización previa y plena» (NÚÑEZ FORERO, Felipe. Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura (instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 43). [↑](#footnote-ref-2)
2. En efecto, dicho artículo establece: «Pueden prestar los servicios públicos:

»15.1. Las empresas de servicios públicos.

»15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

»15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

»15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

»15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

»15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17». [↑](#footnote-ref-3)
3. La redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 es la siguiente: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

»Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

»PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-4)
4. Así lo establece la norma: «Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

»La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

»Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas [y] todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares». [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse la Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B, del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-6)
6. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 715 de 2014. Radicado: 20145290427992). [↑](#footnote-ref-7)
7. Dicha norma dispone: «Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal». [↑](#footnote-ref-8)
8. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Expediente: 36600. [↑](#footnote-ref-9)
9. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez. Expediente: 44.707. [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 14 de mayo de 2020. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación número: 05001 2331 000 2005 07646 01. [↑](#footnote-ref-11)